



Revista de Derecho - Universidad  
Católica del Norte  
ISSN: 0717-5345  
revistaderecho@ucn.cl  
Universidad Católica del Norte  
Chile

TORTOLERO CERVANTES, FRANCISCO  
LOS MÁRGENES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL AL COLMAR LAGUNAS  
Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte, vol. 13, núm. 2, 2006, pp. 149-174  
Universidad Católica del Norte  
Coquimbo, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=371041319006>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

## LOS MÁRGENES DEL JUEZ CONSTITUCIONAL AL COLMAR LAGUNAS

FRANCISCO TORTOLERO CERVANTES\*

**RESUMEN:** *El replanteamiento del rol del derecho frente a la política implicó, desde final de la Segunda Guerra Mundial, un reposicionamiento estratégico del papel de los intérpretes constitucionales. Las fórmulas cada vez más novedosas con las que el juez colma las lagunas de la ley dan cuenta de un cierto voluntarismo orientado a evitar la confrontación de los intérpretes judiciales frente a los creadores de las normas. La nueva lectura de esta subordinación de la ley a los principios constitucionales (y por consiguiente, a los valores plasmados en las constituciones) implicó un cambio sustancial en el alcance de los preceptos constitucionales, susceptibles de materializarse en una diversidad de modalidades con las que estos podían, desde este momento, aplicarse. Sin embargo, la tarea del juez constitucional no consiste siempre en denunciar y sancionar la falta de pertinencia constitucional de las leyes; sobre todo, ante la presencia de lagunas.*

**PALABRAS CLAVE:** Interpretación constitucional – Tribunales Constitucionales – Europa.

### THE MARGINS OF THE CONSTITUTIONAL JUDGE IN FILLING THE GAPS

**ABSTRACT:** *The reconsideration of the role of the law in politics, since the end of World War II, implied a strategic role of the constitutional interpreters. The ever more novel formulas with which the judge fulfills the gaps in the law reports a certain voluntarism oriented to avoid the confrontation of the legal interpreters facing the creators of the norms. The new understanding of this subordination of the law to the constitutional principles (and thus, to the values captured in the constitutions) implied a substantial change in the scope of the constitutional precept, susceptible of materializing in diverse modalities with which they could be applied from this moment. The task of the constitutional*

\* Abogado; Máster y Doctor en Ciencia Política por la Universidad de París I (Panteón-Sorbonne); Profesor-Investigador de tiempo completo, Facultad de Derecho, Universidad de Guanajuato (MÉXICO). Correo electrónico: ftortolero@gmail.com  
Fecha de recepción: 14 de septiembre de 2006.  
Fecha de aprobación: 31 de octubre de 2006.

*judge, however, does not consist in reporting and sanctioning the lack of constitutional pertinence of the law; moreover, in the presence of gaps.*

**KEY WORDS:** Constitutional Interpretation – Constitutional Courts – Europe.

**SUMARIO:** *Introducción. A. La necesidad de buscar estándares normativos. B. Problemas que afronta un juez ante la detección de lagunas. C. Alternativas de que dispone el juez al colmar lagunas. D. Evitar que proliferen lagunas, ¿intención deliberada del juez? 1) Presunción de Constitucionalidad. 2) Búsqueda de Terceras Vías Decisorias.*

## INTRODUCCIÓN

El papel interpretativo del juez consiste en adaptar, de la mejor manera posible, los contenidos de la Constitución a las realidades cambiantes. Con este fin, proponemos cuatro líneas argumentativas. Al asumir que el juez constitucional actúa tratando siempre de encontrar los elementos que encarnan la objetividad de la norma, vivimos una época de estandardización de los contenidos del derecho. Trataremos de describir los problemas más habituales que encuentra el intérprete al detectar una laguna y las posibilidades técnicas que tiene para enfrentar esas dificultades de la mejor manera que le sea posible.

Al final del presente trabajo expondremos algunas de las técnicas que nos parecen las más adecuadas, entre las utilizadas regularmente por las jurisdicciones constitucionales del *Civil law*, a efecto de permitir al juez colmar una laguna, o bien, plantear los términos en los que se debe entender una lectura conforme a la Constitución. Lo anterior, pensando en alertar a los estudiosos del tema sobre lo limitado que aparenta ser en la actualidad la dualidad kelseniana entre el legislador “positivo” y el “negativo”.

### A. LA NECESIDAD DE BUSCAR ESTÁNDARES NORMATIVOS

Para que una nueva ley pueda aparecer en armonía frente a los paradigmas de la democracia, los procesos de creación de derecho traen aparejado un doble control, que se entiende por sí mismo capaz de garantizar el contenido y las condiciones de validez de tales normas. Como ha sido planteado por Luigi Ferrajoli<sup>1</sup>, esta nueva idea de estandarizar los contenidos

<sup>1</sup> FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza (1989), pp. 904-905.

dos normativos se dirige entonces a aproximar las nociones de constitucionalismo (o si se prefiere, de Estado de Derecho) al de democracia. Al colmar las inconsistencias del sistema de normas, se entiende que los contenidos axiomáticos del derecho (es decir, los valores) encarnan la piedra angular de estos procesos generalizados de estandarización del derecho. Podemos incluso afirmar que el sistema jurídico se adentró, desde hace unos años, en un período de crisis (o de reajuste) en cuanto a la concepción tradicional de la idea de Estado constitucional de derecho.

El juez constitucional parece entonces tomar la delantera ante los parlamentarios, dado que estos últimos no pueden reaccionar tan rápidamente ante la aparición de defectos dentro del orden normativo. La operación estrictamente bipolar que en épocas seminales habría anunciado Hans Kelsen, sobre la distinción entre un legislador positivo y otro negativo<sup>2</sup>, parece ahora perder sentido. El juez ya no solo valida o sanciona la coherencia normativa de una nueva norma del sistema de manera salomónica. Ahora parece ser este el más indicado para decidir cuál de sus posibles lecturas (incluso intermedias entre la constitucionalidad y la inconstitucionalidad) debe tomarse como lectura correcta. Muestra de esta afirmación son las técnicas creadas por la jurisprudencia constitucional europea, dirigidas a evitar la declaración lisa y llana de inconstitucionalidad de una nueva norma del sistema.

Al referirnos tan solo al caso francés, podemos citar los llamados "Principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República", o "PFRLR", que serán analizadas más adelante. Por ahora basta mencionar que tales mecanismos fueron generados entre 1971 y 1989, y que dieron la pauta al Consejo constitucional para elaborar una serie de garantías procesales que el legislador no se había atrevido a oponer ante la voluntad soberana encarnada por la ley<sup>3</sup>.

En la medida en que las constituciones tienden a reconocer en estos tribunales una especie de estatuto mediador entre la cooperación institucional y la competencia política, nos parece más adecuado situar al juez constitucional como un aliado del legislador. Y no por buscar un eclecticismo fortuito, sino porque la jurisprudencia constitucional de los últimos años (en todo caso, en Europa continental) da muestra del interés

<sup>2</sup> KELSEN, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", ("Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1928), tr. de Ch. Eisenmann, *Revue de Droit Public*, vol. XLV no. 1 (1928), p. 239-241.

<sup>3</sup> Cf. BON, Pierre, "Francia", in AJA, Eliseo (éd.), *Las tensiones entre el Tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel Derecho (1998), p. 157.

de estos jueces por evitar los desbordamientos de la interpretación constitucional.

Empezaremos pues por afirmar que en esta búsqueda de estándares normativos, el juez se sirve de una intención deliberada que lo lleva a actuar a favor de su socio-legislador. Con el propósito de evitar que surjan tensiones frente al gobierno y las legislaturas, la declaración de inconstitucionalidad será entonces la última salida para el tribunal.

Para nadie es un secreto que constitucionalismo y democracia parecen siempre dos elementos en tensión: el primero implica una serie de mecanismos de limitación de la voluntad popular. En medio de las realidades que se derivan de la competencia electoral, la imposición de obligaciones y de garantías inherentes al juego democrático trae consigo la imposición de límites a las mayorías (o en todo caso, el intento de alejarse de la fórmula madisoniana de la tiranía de las mayorías). Sin embargo, también es posible añadir que la práctica del contencioso constitucional es fuente de un nuevo elemento conflictivo que se agrega a esta relación de mutua tensión entre constitucionalismo y democracia.

Ahora bien, en tanto el ingrediente interpretativo ha sido definitivamente asimilado por los sistemas jurídicos contemporáneos, la relación conflictiva que acabamos de mencionar observó un cambio sustancial durante la segunda mitad del siglo XX, de tal suerte que la tensión entre juez y legislador se transformó en relación de complementariedad. Las garantías y obligaciones constitucionales que tradicionalmente servían como elementos de arbitraje entre los actores de la política, lograron extenderse considerablemente. Hoy en día, en términos prácticos, tales garantías constitucionales parecen proteger por igual a quienes están dentro del hemiciclo así como a los que se encuentran fuera de él.

En este sentido, debemos referirnos a la mejora de las condiciones ideales que deben encuadrar la competencia partidista. El grupo parlamentario que se encuentre ahora en las filas de la oposición, estará mucho más interesado en mejorar su actuación y convencer al electorado en la medida en que tiene mejores condiciones para llevar a cabo su programa de gobierno. Su trabajo tendrá mucho más sentido al buscar la mayoría (y por consiguiente, el gobierno) en la medida que existan medidas de estabilización gubernamental de probada solvencia y eficacia. La oposición tendrá entonces mejores razones para buscar acuerdos con grupos afines con el propósito de facilitar acciones tales como el mantenimiento de coaliciones de gobierno, y con ello, de ocupar el lugar de la actual mayoría al cabo de las próximas elecciones. La radicalización entre posiciones políticas tiende pues a atenuarse cuando se encuentran razones jurídicas en común.

Evidentemente, el juez constitucional no está condicionado a dictar alguna clase de resolución que tienda necesariamente a facilitar esta clase de acuerdos entre las instancias políticas (pues democracia también es

sinónimo de competencia entre proyectos de gobierno). Lo que este sí estará cada vez más dispuesto realizar es una real tarea pedagógica que le permita demostrar, tanto a la derecha como a la izquierda del espectro partidista, que el constitucionalismo también es capaz de conciliar las tensiones mencionadas (frente al concepto de democracia) y hacer parecer esta voluntad una intención deliberada. Los creadores de las futuras normas del sistema podrán confiar así en los alcances de los guardianes de la Constitución en tanto sepan que, no solo el derecho actual, sino también el derecho futuro, se entenderán apegados al ordenamiento constitucional actual.

Estamos de acuerdo en entender que la “validez” de las normas implica como corolario la búsqueda de parámetros de confianza. Estos parámetros están llamados a producir elementos de obediencia que la colectividad manifiesta ante la aprobación de un nuevo texto normativo<sup>4</sup>. En esta perspectiva, la capacidad de optar del legislador, misma que inspira a la producción de derecho (y que, por ende, orienta la forma como deben entenderse las condiciones que rodean a la aprobación de una ley) son también parte integrante de dicha “validez” de las normas. Este razonamiento parece, en nuestros días, filtrarse cada vez al interior de los tribunales en el momento en que el juez busca parámetros que le permitan enmendar ciertas incompletitudes normativas.

En efecto, una vez estructurado el Estado de derecho moderno, el normativismo parecía la única herramienta legítima con la que el juez podía analizar los contenidos deonticos de un enunciado. Del mismo modo, nos parece actualmente impensable que un tribunal, en tanto esté circunscrito al marco normativo de una constitución rígida, no esté dispuesto a efectuar una lectura abierta de los preceptos constitucionales interpretados<sup>5</sup>. La crisis del positivismo (que se manifiesta actualmente en el predominio indudable del Estado *constitucional* de derecho sobre el Estado *legal* de derecho) parece presentar una vuelta radical; un cambio de tradiciones<sup>6</sup>. Es entonces que la búsqueda de estándares normativos parece retomar la forma del derecho pretoriano, un poco a la manera en que sucediera durante etapas premodernas de la interpretación de los textos de derecho en la antigüedad clásica.

<sup>4</sup> MICHELMAN, Frank, “How can people ever make the laws? A critique of deliberative democracy”, in BOHMAN, James et William REGH (éds), *Deliberative democracy: essays on reason and politics*, Cambridge, MIT Press (1997), pp. 147-149.

<sup>5</sup> HÄBERLE, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, in *Retos Actuales del Estado Constitucional*, tr. de X. Arzoz, Vitoria, Onati (1996), p. 125-134.

<sup>6</sup> No es casualidad que en el siglo XX, que representa el siglo de la Administración, se encuentre bien determinada la crisis de la noción de Estado *Legal* de derecho. La ampliación indiscriminada de las facultades reglamentarias del Ejecutivo se habría traducido en una proliferación de normas administrativas que, de facto, sustituían a la ley.

Como muestra de esta afirmación, el derecho comunitario presenta factores desconocidos hasta hace poco tiempo; especialmente porque los parlamentos nacionales ya no son los únicos que pueden decidir los contenidos de su legislación, y mucho menos las administraciones de cada país de la Unión Europea. Desde Bruselas se gesta una superposición normativa que se proyecta en cada uno de los ordenamientos normativos nacionales. Es entonces que algunos dogmas, intocados hasta hace un par de décadas (como pueden ser los del principio de legalidad o el de competencia específica), ceden ante el ciudadano común, quien experimenta una extensión de la autonomía de la voluntad<sup>7</sup>. Lo anterior, en detrimento del control de los órganos creadores de derecho a nivel nacional (a saber, los parlamentos y las administraciones), y por consiguiente, en beneficio de los márgenes interpretativos del juez constitucional nacional.

Sin embargo, debemos matizar esta afirmación. En todo caso, así es como lo ha considerado la doctrina contemporánea de la interpretación constitucional<sup>8</sup>. Parece que la nueva dirección que deberán tomar los jueces constitucionales ante la necesaria búsqueda de estándares normativos dependerá de una combinación de elementos. Esta combinación tendrá que ver con la conformación que se le dará a la noción de Estado de derecho, o incluso al predominio de otras normas que parecen imponerse sobre las reglas del constitucionalismo nacional. Basta mencionar el derecho constitucional local, o bien el derecho constitucional supranacional.

Mientras esperamos que la evolución iniciada a fines de los 90's nos arroje una mejor lectura derivada de esta combinación de elementos, es posible advertir que la transgresión que suelen sufrir, con cada vez más intensidad, los postulados tradicionales del Estado de derecho puede también arrojar resultados halagüeños, como lo puede ser, para los académicos, la posibilidad de denunciar la presencia de incongruencias normativas. La detección de estas fallas del sistema (encarnadas principalmente por antinomias y lagunas) parece situarse en la actualidad en el vértice de la actividad de los tribunales constitucionales. Veremos en seguida que tal función, aunque cada vez más efectiva en el seno de las jurisdicciones aludidas, no deja de producir desacuerdos en tanto corre el riesgo de atacar de frente la función soberana de creación normativa de los parlamentos.

<sup>7</sup> Recordemos cómo la Corte Europea de los Derechos Humanos ha suplido la ausencia de mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos fundamentales en Inglaterra, GRIMM, Dieter, "Una costituzione per l'Europa?", in ZAGREBELSKY, G., P.P. Potinaro, J. Luther (éds), *Il futuro della Costituzione*, Torino (1994), pp. 360-363 [339-367].

<sup>8</sup> FERRAJOLI, Luigi, "State under law", documento de trabajo presentado en *Pluralism and the law* (Twentieth world congress of the international association for philosophy of law and social philosophy), Amsterdam, Vrije Universiteit, versión mecanográfica (2001), p. 5.

## B. PROBLEMAS QUE AFRONTA UN JUEZ ANTE LA DETECCIÓN DE LAGUNAS

Una laguna puede entenderse como la ficción que lleva al juez constitucional (en tanto intérprete soberano) a considerar que, desde el instante en que detecta una incompletud del orden normativo, no le queda otra opción que la de tomar el papel de legislador positivo. Tales circunstancias, que desde la aparición de la fórmula kelseniana mencionada más arriba parecieran más que inhabituales en el contexto del *civil law*, sí pueden sin embargo presentarse en este contexto tanto el orden normativo se vuelva inaplicable.

La inaplicabilidad, derivada de la incompletud detectada, se explica entonces “no por una razón subjetiva o político-moral [del interprete], sino por una razón objetiva, de orden lógico”<sup>9</sup>. Contrariamente a las antinomias normativas (que implican una coexistencia de normas o de principios aplicables al mismo caso hipotético, entre las que el juez debe escoger la más adecuada para tomar su decisión), las lagunas implican el silencio del derecho.

Siguiendo este criterio de distinción, quienes estudiamos derecho hemos aprendido que el orden jurídico no lleva al juez a *colmar* esa laguna en definitiva, pero sí lo obliga a decidir la controversia que le ha sido planteada (incluso en ausencia de una norma exactamente aplicable al caso). Lo contrario (es decir, la voluntad expresa de no decidir) le conduciría directamente al supuesto de la denegación de justicia.

El art. 4 del Código Civil francés establece que “el juez que se rehúse a juzgar, bajo el pretexto del silencio, de la oscuridad o de la insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como responsable de denegación de justicia”.

Dicho de otra forma por la legislación civil de aquel país, aunque el Tribunal advierta el silencio de la ley, la controversia debe ser zanjada. Ahora bien, a falta de procedimientos especiales para denunciar la existencia de lagunas, el orden jurídico francés debe conformarse con los filtros que se imponen a su legislación por vía de instrumentos consultivos (como lo es, especialmente, la alta calidad de los dictámenes sobre legalidad y constitucionalidad que formula el Consejo de Estado). Y es que los mecanismos contenciosos en aquel país, limitados al control *a priori* del Consejo constitucional, suelen provocar la ausencia de control de ciertos contenidos del orden jurídico.

<sup>9</sup> KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, Tr. de la 2é. éd. par Ch. Eisenmann (*Reine Rechtslehre*), Paris, Dalloz (1962), p. 333.

Parece entonces inminente que la legislación francesa deberá adoptar, en el futuro, algunos de los mecanismos de prevención indirecta de lagunas en su propio ordenamiento. A falta de control de constitucionalidad *a posteriori*, los franceses podrían empezar por mirar más allá de las montañas, tanto del otro lado del Pirineo como del de los Alpes; o por qué no, de los Andes!

Cualquier juez constitucional estará de acuerdo en que es más fácil detectar una laguna cuando la nueva ley empieza su vigencia, y no antes. Los países que limitan el contencioso constitucional al control preventivo de constitucionalidad (como se desprende del modelo francés) encuentran aquí una limitación importante.

Hasta el año pasado, el Tribunal Constitucional chileno (de tradición muy próxima a la francesa), tenía restringidas sus competencias al control preventivo. A partir de la reforma constitucional de 2005, se atribuyeron nuevos mecanismos de control concreto de constitucionalidad a favor del Tribunal Constitucional. De esta manera, nuestros amigos chilenos parecen adelantarse a la reforma inacabada del Consejo constitucional francés. En Francia, una reforma había sido propuesta en un sentido similar por un comité de académicos, dirigidos por Georges Vedel, y a falta evidente de voluntad política (tanto de la rama ejecutiva como de la legislativa) quedó aplazada indefinidamente desde 1993. A reserva de evaluar las consecuencias prácticas de la reforma, sería conveniente que la salida propuesta por la constituyente chilena, en el sentido de atribuir la solución de cuestiones relacionadas con mecanismos concretos de protección de derechos fundamentales al Tribunal Constitucional (y no a la Corte Suprema, como funcionaba hasta antes de la reforma) pudiera servir como argumento para mejorar la detección de lagunas, y de paso, relanzar el debate sobre el contencioso constitucional en Francia.

En el mismo sentido, tanto el Tribunal Constitucional español como la Corte constitucional italiana confieren una parte importante de la detección de lagunas, no solo al juez constitucional, sino también al juez ordinario. Como es bien sabido, la Constitución española ha establecido las cuestiones de inconstitucionalidad cuya acción ha sido conferida, bajo ciertas circunstancias, a un juez ordinario que duda de la interpretación correcta que debe dar a un precepto que está por aplicar. La cuestión dudosa ante la jurisdicción ordinaria será entonces turnada a la constitucional, la que comunicará al juez *a quo* cuál es el sentido correcto que debe darse al precepto respectivo<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Deliberadamente, hemos optado por evitar el análisis del proceso incidente de control de constitucionalidad o *cuestión de constitucionalidad*, cuya iniciativa se concede al juez ordi-

Ahora bien, si la obligación de no incurrir en el supuesto citado de la denegación de justicia resulta aplicable a cualquier tribunal (incluyendo a los jueces constitucionales), esto no debe entenderse como autorización para que el juez actúe como creador sistemático de normas. “Incluso en materia Civil, si una de las partes invoca, a favor de su pretensión, una simple regla de derecho natural no asimilada, indirecta o implícitamente por la ley, el juez no tiene por qué acordarle el beneficio de sus conclusiones”<sup>11</sup>. Siguiendo con el caso del derecho civil francés (que en aquel país, se ha extendido a la materia administrativa), los jueces han visto reducida toda posibilidad creadora de derecho con efectos generales. Y es que la clase política de aquel país tendría muchas razones (sobre todo históricas) para fomentar un espíritu creador entre los miembros la judicatura. Fue pues el legislador quien impuso límites estrictos a las facultades interpretativas de estos jueces.

El art. 5 del Código Civil francés establece “Le está prohibido a los jueces pronunciarse, por vía de mandato general y reglamentario, sobre las causas que les son sometidas”.

No obstante la implantación de estos dogmas jurídicos, la justicia constitucional parece colocarse en un plano distinto. Sobre todo, si consideramos que el desarrollo de la jurisprudencia constitucional del pasado medio siglo en Europa ha generado un efecto de influencia hacia los parlamentarios; esta última, asimilada entre aquellos que pertenecen a la oposición. De esta forma, el constitucionalismo contemporáneo ha reservado a estos tribunales la posibilidad de dirigir instrucciones precisas a los llamados órganos de *indirizzo* político (a saber, el gobierno y el parlamento, los que son llamados a monopolizar la acción legislativa del Estado). En ocasiones, ese llamado de atención tarda algún tiempo en llegar; pero es respetado por la clase política cuando se produce

Para poder ser candidato a la elección presidencial en Francia, la legislación electoral exige presentar 500 firmas de apoyo de representantes electos a nivel del territorio nacional. Luego de las presidenciales de 1995, el Consejo constitucional afirmaba en sus Obser-

nario; para una revisión del caso español, ver DE LA QUADRA, Tomás, “Métodos y criterios de interpretación de la Constitución”, in LÓPEZ-PINA, Antonio (ed.), *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tecnos (1987), p. 145; para el caso italiano, véase ROMBOLI, Roberto, “La tipología de las decisiones de la Corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 48 (1996).

<sup>11</sup> DELOMBE, *Cours de droit civil*, t. I, N° 113, cit. por FORIERS, Paul, “Les lacunes du droit”, in PERELMAN, Chaïm (éd.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant (1968), p. 12.

vaciones que “el art. 3-I de la ley no. 62-1292 del 6 de noviembre de 1962, dispone que “una candidatura solo puede ser acreditada si, entre los firmantes, figuran representantes de al menos 30 departamentos o territorios de ultramar”. Respecto de la Asamblea de Córcega, la disposición impugnada no puede ser aplicable en el estado en que se encuentra, dado que el modo de elección de esa Asamblea no permite establecer una liga con cada uno de los dos departamentos que conforman la Colectividad Territorial de Córcega. *“En estas condiciones, aparece deseable que la legislación sea completada a efecto de remediar dicha laguna”*<sup>12</sup>.

También es común que al intentar un recurso abstracto de inconstitucionalidad, la minoría parlamentaria invoque la presencia de lagunas (en el texto ya votado por la mayoría) como agravio principal de su causa. En ocasiones, han sido incluso los jueces quienes han advertido esta posibilidad, anunciando de antemano su interés por evitar toda confrontación con la rama legislativa.

Encontramos en Italia un caso en que el presidente de la Corte Constitucional sugería en la prensa la creación de un recurso que permitiera al legislador corregir las fallas detectadas por el juez constitucional en un término muy breve, posterior a tal decisión judicial. De esta manera, decía el juez G. Chiarelli, podrían “solucionarse las tensiones jurídicas aparecidas bajo el mandato de una norma censurada”. Según la misma propuesta, la Corte “podría suspender, en casos excepcionales y durante un tiempo limitado, los efectos de su decisión, dando al legislador los medios para legislar, evitando así los riesgos de perturbación inmediata” del orden jurídico<sup>13</sup>.

Es también usual que el Tribunal reconozca la gravedad de aprobar una ley defectuosa, de tal suerte que casi siempre contesta esos argumentos a efecto de no generar el debilitamiento de la seguridad jurídica.

Retomamos el ejemplo de Córcega por tratarse de un estatuto territorial bastante complejo. En la decisión sobre cuotas por sexo entre candidatos y modos de elección, aplicables a los consejeros regionales y a los consejeros de la Asamblea de Córcega, el Consejo constitucional, contestando los argumentos de la minoría parlamentaria que ac-

<sup>12</sup> Se añadieron cursivas, *in* [www.conseil-constitutionnel.fr/observations/elepresidentielles](http://www.conseil-constitutionnel.fr/observations/elepresidentielles) (consultado por última vez el 22 de julio de 2006).

<sup>13</sup> Conferencia de prensa anual, dictada el 20 de diciembre de 1972, y reimpressa en *Giurisprudenza Costituzionale*, no. 245 (1973), p. 2750.

tuaba como quejoso, determinó expresamente que “las modalidades de entrada en vigor de la ley combatida no contienen lagunas”<sup>14</sup>.

Se trata pues de una atribución interpretativa que, aún si se tiene, se ejerce con cautela.

Incluso en los casos en los que el juez parece, expresamente, esquivar la obligación de colmar una laguna, el orden jurídico no tendría nada que reprocharle. El orden normativo no puede poner en duda la legalidad de una resolución dado que otra de las obligaciones que, implícita o tácitamente, se impone al intérprete constitucional es la reserva judicial. Sin embargo, también puede consentir que, en ciertas situaciones, el juez asuma el papel de un verdadero integrador (léase creador) de derecho.

Hans Kelsen señalaba, a este respecto, que la decisión judicial puede, excepcionalmente, implicar una especie de creación normativa en la medida que “existen casos donde el derecho vigente no puede ser aplicable puesto que no contiene una norma general aplicable al caso”<sup>15</sup>. Es por eso que los tribunales (y especialmente las jurisdicciones constitucionales) pueden asumir la atribución de “crear una norma individual cuyo contenido no haya estado predeterminado por una norma general de derecho positivo”<sup>16</sup>.

La misma idea era retomada algunos años más adelante por Herman Weinkauff desde la presidencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. En términos de esta opinión, el juez se vuelve, en ocasiones, un creador de normas que además puede diferenciarse del legislador en la medida en que “explica qué es el derecho positivo de manera más o menos libre, y combate sus lagunas sobre la base de una aplicación análogica de la ley así como de la libre creación del derecho. Es así como adapta el derecho positivo al desarrollo progresivo”<sup>17</sup>. Sin embargo, también podemos advertir que los tribunales constitucionales están expuestos a parte de los conflictos que se producen a partir de cuestiones eminentemente políticas.

En términos actuales, el pluralismo de los valores (presente idealmente en las democracias contemporáneas), va de la mano con la competencia partidista. Lo anterior, tiene relación directa con el control de constitucionalidad en tanto una buena parte de la legislación puede ser objetada por fracciones de los parlamentos, o incluso por representantes

<sup>14</sup> Decisión N° 98-407 DC de 14 de enero de 1999, “quotas par sexe”, Considerando 31, *Rec.* p. 803.

<sup>15</sup> KELSEN, Hans (n. 9), p. 331.

<sup>16</sup> *Idem.*, p. 336.

<sup>17</sup> *Cit. por CANARIS, C. W.*, “La manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand”, in PERELMAN, Chaïm, *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylants (1968), p. 165

políticos (nos referimos específicamente a los procedimientos de control abstracto). Para nadie es novedad afirmar que un grupo de parlamentarios objeta la constitucionalidad de una ley recién votada por motivos que poco tienen que ver con una intención técnica orientada a fomentar la armonía del orden jurídico.

Evidentemente, el interés de los promoventes obedece a cuestiones estratégicas; el recurso de inconstitucionalidad se compagina perfectamente con el proyecto político afín al parlamentario o al funcionario que impugna. No son raros los ejemplos de autoridades que, ante un cambio de mayoría política, se desisten de la acción, como si por generación espontánea hubieran encontrado sentido de conformidad constitucional a un postulado que habían combatido algún tiempo atrás (curiosamente, bajo un gobierno sustentado por una mayoría que les era adversa).

Después que el gobierno de Rodríguez Zapatero asumía el poder en marzo de 2004, un número no despreciable de recursos de inconstitucionalidad, iniciados por responsables de gobiernos autonómicos (cuya mayoría tenían que ver con conflictos orgánicos iniciados contra el gobierno de Aznar), fueron súbitamente retirados del pretorio.

Visto por los partidos regionales, parecía “injustificado” mantener su oposición frente a un gobierno central que ellos mismos apoyaban (*cf.* la decisión de 2 de octubre de 2004 tomada por el gobierno vasco por la que se retiraba una acción de inconstitucionalidad iniciada en 2002 contra una reforma al Código Civil, promovida por el PP). No obstante que la reforma coincidía abiertamente con el discurso político de los partidos de izquierda (dado que se trataba de ampliar los derechos de las parejas homosexuales), el ministro socialista de Justicia a nivel nacional, Juan Fernando López Aguilar, confirmaba el desistimiento solicitado sin hacer mayores comentarios al respecto (*Diario Vasco* de 2 de octubre de 2004).

Parece entonces que el análisis de la constitucionalidad de las normas queda sujeto, también, a las veleidades de la política partidista. La presentación de un recurso de inconstitucionalidad aparece entonces como un arma, con frecuencia, más política que jurídica.

Preferiremos quedar de parte de la lectura más jurídica que política de la cuestión. Una vez anunciada la necesidad técnica de controlar la constitucionalidad (que no obstante la presión de los políticos, puede leerse en el sentido de un ideal perfeccionamiento del orden jurídico interpretado) abordaremos los lineamientos de algunos de los métodos más utilizados en esta operación interpretativa.

## C. ALTERNATIVAS DE QUE DISPONE EL JUEZ AL COLMAR LAGUNAS

Tanto el análisis analógico como la reducción teleológica pueden ser métodos interpretativos útiles para el juez constitucional al tratar de colmar una laguna del orden normativo. Tanto uno como el otro le pueden dar luz en el momento de constatar si un principio constitucional ha sido suficientemente inscrito en la ley, o si por el contrario, existe una incompletud.

Es así como, al detectar una laguna, el juez debe encontrar, al interior del sistema de normas, un precepto al que se le pueda adjuntar el argumento análogo capaz de resolver la incompletud. Al tomar “prestado” este concepto (incluso de una ley distinta), el juez puede justificar la aplicación de un principio fuera de su contexto original, resolviendo así la controversia que no tenía solución en un principio.

No obstante que la apreciación de una imperfección de la ley no pueda efectuarse inmediatamente, lo que el juez sí puede hacer es buscar, entre los principios generales del derecho, un concepto aplicable que le permita entender lo que el legislador quiso decir. Siguiendo la experiencia derivada de los primeros años del Tribunal Constitucional alemán, es posible admitir que la búsqueda de objetivos normativos obliga al intérprete, en primer lugar, a ceñirse a la tradición jurisprudencial existente, y en segundo lugar, a la doctrina desarrollada en torno a la laguna que se pretende colmar. Por último, el juez debe apelar al comparatismo con el propósito de percibir, acaso de manera preventiva, la liga que en casos semejantes producidos en otros órdenes normativos, ha existido entre un principio jurídico y una realidad normativa. No se excluye, por consiguiente, la posibilidad que se le otorga al juez de buscar una “tercera vía”, entre constitucionalidad e incompatibilidad de la norma analizada<sup>18</sup> (más adelante regresaremos sobre esta cuestión).

Siguiendo el argumento anterior, el juez constitucional alemán parece entonces efectuar dicha búsqueda, no solo fijando un objetivo previo sobre las orientaciones que pretenda darle al orden normativo, pero también haciendo una elección sobre la lectura que aparece como la más aceptada “por la conciencia jurídica de la generalidad, o de una buena parte de los juristas”<sup>19</sup>. No obstante, dicho intérprete permanece apegado, tan cerca como le sea posible, al marco normativo estricto de “apreciación de la ley” que analiza en esa oportunidad, pues el intérprete no puede pretender que colmar una laguna implique la puesta en duda de la unidad interna de todo el orden normativo. Es más bien la percepción contraria la que debe prevalecer. No podemos olvidar que la Constitución

<sup>18</sup> *BVerfGE* 2, 266 (282), sentencia del Tribunal Federal Alemán de 7 de mayo de 1953.

<sup>19</sup> CANARIS, C. W. (n. 17) pp. 174-177, 179.

predomina siempre, al aplicar tales técnicas interpretativas, de manera que sea esta el parámetro que sirve de guía al Tribunal.

En este sentido, un grupo de senadores del Partido Popular, favorables al aumento de la autonomía presupuestal de la Comunidad Autónoma de la Rioja, presentaron un recurso de inconstitucionalidad exigiendo en sus agravios un trato igualitario del gasto a nivel subnacional respecto al de la administración central. Contrariamente a estas razones, el Tribunal constitucional español advirtió que el art. 134 de la Constitución de ese país (relativo a los presupuestos generales del Estado) no debía ser aplicable, por analogía, a las Comunidades Autónomas. Más aún, señalaba que “no se está ante una laguna que pueda integrarse mediante la analogía, sino ante un silencio buscado por el constituyente, que ha reconocido a las CCAA la capacidad de establecer las peculiaridades de sus leyes de presupuestos, de acuerdo con sus estatutos”<sup>20</sup>.

Podría criticarse esta resolución al plantear una probable denegación justicia; pero el tribunal español no tenía más que hacer un llamado a una especie de “apreciación soberana” útil para alejarlo de percepciones individuales de sus jueces. Evitando imponer una visión que condicionara la toma de decisiones futuras a nivel subnacional, esta sentencia prefirió la prudencia al establecer en definitiva que el ámbito de aplicación de las leyes de finanzas deben ser ajustadas a las realidades regionales.

Por tratarse de tribunales de la más alta jerarquía, la interpretación producida obedece al “espíritu del orden jurídico”, mismo que puede bien ser delimitado en función de las concepciones morales y sociales prevalecientes en un lugar y en un momento determinados<sup>21</sup>. Cuando el juez de corte europeo decida entonces intervenir para colmar una laguna, la operación debe efectuarse en conjunción con el derecho vigente.

Ahora bien, esta operación integradora (que para algunos, podría ser típica de los jueces anglosajones) puede distinguirse del ámbito del *common law* dado que no se trata de instaurar una especie de casuística que comprometa la abstracción inherente al orden normativo en el modelo continental. Evidentemente que el intérprete constitucional del *civil law* debe, en este sentido, apartarse de toda intención de modelar, él mismo, los contenidos futuros del sistema de normas. El modelo kelseniano de control de constitucionalidad debe entonces imponer a sus jueces la res-

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 180/2000 de 29 de septiembre de 2000.

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, London, The Belknap press of Harvard University Press (2006), 309 p.

tricción de actuar colmando lagunas, hasta en tanto el legislador no reaccione efectuando la reparación por sí mismo.

En cuanto a propuestas teóricas que nos parecen acaso más originales que la anterior, Chaïm Perelman afirmaba que al efectuar esta tarea reparadora del orden constitucional, los tribunales situados en el más alto nivel de la jerarquía normativa debían utilizar, de manera óptima, un parámetro que llamó “regla de justicia”. En razón de esta, el contenido del derecho pretende que “los objetos normativos que pertenecen a una misma categoría esencial sean tratados de la misma manera”<sup>22</sup>.

En efecto, si proponemos un análisis lógico de este tratamiento preferentemente igualitario, la justicia puede ser concebida como aplicación correcta de la ley, no tanto basándola en criterios de equidad, sino sobre una base de racionalidad. “Una acción justa [...] es aquella que puede identificarse con una regla ya admitida [dentro del sistema de normas], o al menos, identifiable con algún precedente válido”<sup>23</sup>. Esta regla de justicia invita entonces al juez a transformar en precedente toda decisión anterior que, emanando de una autoridad reconocida, le permita aplicar la ley que él estima más adecuada con el propósito de colmar la laguna en cuestión.

Debemos advertir que este planteamiento ha sido criticado en otros tiempos por voces autorizadas<sup>24</sup>. Sin embargo, haciendo un balance de la propuesta de Perelman, podemos encontrar que situando esta operación interpretativa como directriz central de las decisiones de un juez constitucional, pareciera más fácil para estos tribunales acercar la regla de justicia con la regularidad de los fenómenos (esto último como propósito principal de toda norma).

Si a pesar de las objeciones en su contra, la lectura del profesor de Lovaina es sostenible, la resolución del juez constitucional sería una especie de alternativa normativa de dos caras, ambas capaces de fungir como sólido arbitraje de la regularidad del sistema de normas. Tendríamos entonces que si la conducta del promotor de una acción provoca una situación de trato desigual, la consecuencia del desajuste sería, o bien, la obligación judicial de sancionar al actor que pretende que se le

<sup>22</sup> PERELMAN, Chaïm, “La règle de justice”, in *Justice et raison*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles (1963), p. 227.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 228.

<sup>24</sup> Es sobre estas cuestiones que la doctrina kelseniana presentaría objeciones directas al análisis de Pereelman. Kelsen consideraba que el tratamiento idéntico de los iguales y no idéntico de los desiguales debía corresponder a una consecuencia que no está basada en la justicia, sino en la lógica. El efecto producido por el derecho en la realidad dependería así de una correlación lógica carácter coercitivo del orden normativo. Para Kelsen, tal correlación entre norma y realidad debe depender menos de un juicio de valor que de un efecto automático, intrínseco a todas las normas, cf. BOBBIO, Norberto, “Perelman et Kelsen”, en *Essais de théorie du droit*, tr. par M. Guéret, Paris, Bruylant (1998), p. 274.

sea tratado de manera desigual, o bien, la obligación de los órganos legitimados para crear derecho (a saber, la administración y los legislativos) a efecto de reformar la ley para ajustarla a la realidad; es decir, a la consecuencia producida por la norma.

Partiendo de esta base teórica, consideramos útil recordar la propuesta de Gustavo Zagrebelsky, en el sentido de construir un ideal de justicia encarnado por una “axiomática constitucional”, donde sea posible contener todos los conceptos normativos de manera armónica, de tal suerte que (sin que predomine uno sobre otro, y bajo ciertos límites de oscilación interpretativa) puedan convivir para permitir al intérprete constitucional completar las fallas del orden normativo.

Para ello, según este conocido ex presidente de la Corte Constitucional italiana, debiera prevalecer la posibilidad de reconocer la importancia del pluralismo de los valores y de los principios<sup>25</sup>. Con el objeto de ligar las propuestas teóricas de Perelman y de Zagrebelsky, encontramos que después de pasar por un proceso de legitimación que se acentuó después de la Segunda Guerra Mundial, el juez constitucional “debe servirse de técnicas argumentativas que no son vinculatorias, pero que bien podrían conducir al carácter razonable de sus resoluciones”<sup>26</sup>.

Siguiendo esta idea, la función del juez constitucional no debe ser, sistemáticamente, la de desenmascarar, a cualquier precio, que el orden normativo está siendo debilitado por la existencia de lagunas. Al contrario; la jurisprudencia constitucional debe ser también utilizada a efecto de señalar cuáles, entre las lecturas de un precepto que ha sido combatido por vía de recurso judicial, debe prevalecer con el propósito de no incurrir en inconstitucionalidad. Esta técnica interpretativa, sugerida por la conocida noción de “respuesta correcta” (*right answer*), formulada por Ronald Dworkin<sup>27</sup>, permitiría a estos tribunales la posibilidad de fungir como aliados del legislador, capaces de lograr que una aparente incompletud del sistema de normas pueda ser leída en sentido opuesto; es decir, de la mejor manera posible, que se entienda como coherente respecto del orden normativo.

#### D. EVITAR QUE PROLIFEREN LAGUNAS, ¿INTENCIÓN DELIBERADA DEL JUEZ?

El juez constitucional no suele ser un insensato. Por el contrario, sabe perfectamente que tanto la detección de una laguna como la declaración de inconstitucionalidad de una ley podrían llevar al sistema nor-

<sup>25</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *Le droit en douceur (il diritto mite)*, tr. fr. por M. Leroy, Paris, Economica (2000), p. 12-16.

<sup>26</sup> PERELMAN, Chaïm (n. 22), pp. 232-233.

<sup>27</sup> Cf. DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue: the theory and practice of equality*, Cambridge, Harvard University Press (2000), capítulo 11.

mativo a una situación de inseguridad jurídica incluso más grave que la precedente. Si por un lado, la anulación de una ley por inconstitucional no acarrea la vuelta de la entrada en vigor de la legislación anterior, basta recordar que el poder del intérprete puede también implicar límites de aplicación.

Dado que la presencia de una laguna tiene que ver con una duda, fundada en la existencia de razones que apuntan tanto a la conformidad de la ley analizada como a su inconstitucionalidad, vale la pena preguntarse si este hecho debiera llevar al tribunal, en todos los casos, a “sancionar esta duda y obligar al legislador a ‘volver a hacer su trabajo’”. Ante esta cuestión, que surgiría con frecuencia al detectar una laguna, el constitucionalismo continental responde que el juez debe estar capacitado para identificar las situaciones en las que una declaración de inconstitucionalidad “...podría aparecer como poco prudente, causando un retraso del trabajo legislativo”<sup>28</sup>.

En efecto, la declaración de inconstitucionalidad puede producir efectos aún más nocivos a aquellos que se presentarían en seguida de la declaración de incompatibilidad de un acto administrativo frente a una ley. La práctica de la jurisdicción administrativa del Consejo de Estado francés generó el llamado “retiro del veneno” de un acto administrativo ilegal al extirpar la posibilidad de aplicación de la lectura antijurídica, así definida por la más alta jurisdicción administrativa en ese país. Podríamos tal vez equiparar esta operación con la que efectúa cotidianamente el juez constitucional de aquel continente al evaluar un precepto dudoso, cuya lectura parece generar una laguna de la ley.

Aunque sería difícil encasillar todas estas técnicas en categorías específicas, nos limitaremos a distinguir las operaciones interpretativas que consisten en anunciar una lectura que se apega al texto constitucional, para después describir aquellas en las que el juez ha optado por una tercera vía interpretativa, entre la conformidad y la inconstitucionalidad.

## 1) Presunción de Constitucionalidad

Del mismo modo que la aplicación de un acto administrativo debe efectuarse en estricto apego a los contenidos normativos de una regla general y abstracta, la aplicación sistemática de una ley no puede sostenerse cuando su constitucionalidad ha sido reconocida como viciada.

<sup>28</sup> VEDEL, Georges, “Préface”, in OULD BOUBOUTT, A. S., *L'apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Paris, Economica (1987), p. 10.

Para prevenir situaciones de inseguridad jurídica, los tribunales constitucionales deben ceñirse a la llamada “presunción de constitucionalidad”, que en la medida de lo posible, impone al juez la obligación de atribuir a una ley una interpretación conforme.

Fue así como el Tribunal Constitucional español ajustó la función de colmar lagunas, haciéndola coincidir con este nuevo parámetro interpretativo del contencioso constitucional

En los antecedentes de una sentencia dictada en 1990, el Tribunal Constitucional español empezó a utilizar esta presunción con el fin de colmar las múltiples lagunas contenidas en la L.O. 7/1985 de 1 de julio, relativa a los derechos y libertades de los extranjeros en España. El Tribunal reconocía, en la misma parte de la resolución, que tales esfuerzos de dar coherencia a la ley no eran empero suficientes, y citando la doctrina, afirmaba que los teóricos estaban de acuerdo en que la multiplicidad de criterios no resueltos en la ley tornaban su constitucionalidad sumamente dudosa<sup>29</sup>.

En virtud de esta presunción, el juez constitucional debe, antes que nada, avalar la actividad cotidiana del legislador. El Consejo constitucional francés ha generado las llamadas “declaraciones de conformidad bajo reserva”, de las que analizaremos más adelante sus generalidades. Ahora bien, la jurisdicción que mayor experiencia tiene a este respecto es, sin duda, la alemana.

En Alemania existe la declaración de nulidad de una norma contraria a la Ley Fundamental (estimada, por ese hecho, *nichtig*). Sin embargo, el Tribunal Federal puede optar por una resolución intermedia, dicha de “incompatibilidad” (*unvereinbar*). Por este medio, el juez constitucional declara la imposibilidad, no tanto de promulgar determinados artículos, sino de aplicarlos con una significación potencial que pueda darse al texto legislativo viciado. Si en el primer caso, la norma se extirpa del sistema, en el segundo, la disposición es estimada inconstitucional pero no nula. Puede permanecer entonces vigente (durante un tiempo limitado) siempre y cuando el juez indique en la sentencia una serie de instrucciones que el legislador debe obedecer con la intención de corregir las fallas detectadas<sup>30</sup>.

Al hacer una evaluación sobre la manera como las legislaturas europeas retoman (exacta o inexactamente) los principios emanados de la Constitución, ninguna declaración de inconformidad podrá ser pronun-

<sup>29</sup> STC 144/1990, de 26 de septiembre.

<sup>30</sup> ZEIDLER, Wolfgang (1987) “The federal constitutional court of the RFA; decisions on the constitutionality of legal norms, *notre dame law review*, no. 62. pp. 504-525.

ciada si no es porque se demuestre la existencia de una “duda razonable” sobre la posible contradicción de la norma evaluada.

Pero de los tribunales europeos, los italianos han sido de los más prolíficos al encontrar alternativas para controlar el surgimiento de lagunas, realzando para tales propósitos la efectividad de la presunción de constitucionalidad.

En la misma dirección del tribunal alemán, la Corte italiana ha configurado técnicas interpretativas para ceñirse a la presunción de constitucionalidad, de las que podemos mencionar la “inconstitucionalidad comprobada pero no declarada” así como la declaración de “ley todavía constitucional”, con las que puede otorgar también un margen temporal al legislador a efecto que corrija las fallas detectadas<sup>31</sup>. La contribución específica de la jurisprudencia italiana en estos menesteres tiene que ver con la aplicación de los preceptos dudosos. Encontramos entonces ciertas decisiones donde el tribunal delimita los modos específicos de aplicación de la norma o el modo concreto en que debe asimilarse a cierto concepto normativo con el propósito de evitar la declaración de inconstitucionalidad. La doctrina constitucional de ese país las ha llamado “sentencias aditivas de principio”; “sentencias aditivas de mecanismo” o “sentencias aditivas que añaden un dispositivo genérico”<sup>32</sup>.

Incluso, la presunción de constitucionalidad asume que si la ley analizada ha sido redactada en términos demasiado vagos o ambiguos, es tarea del intérprete minimizar los contrasentidos. Por lo anterior, el juez deberá asumir (en la medida de lo “razonablemente posible”) que la intención del legislador era circunscribir esta ley a los límites establecidos por la Constitución<sup>33</sup>.

En un sentido muy semejante, el Consejo constitucional francés ha establecido las llamadas “reservas de interpretación”, con las que el juez suele imponer límites a ciertas declaraciones de inconstitucionalidad que pudieran prestarse a ambigüedades normativas. Tales reservas han ido adoptando diversas tipologías.

Hablamos de “reservas constructivas” cuando la decisión añade un elemento normativo que aleja a la cuestión del riesgo de la inconstitucionalidad. Las “reservas neutralizadoras” son aquellas que enun-

<sup>31</sup> ROMBOLI, Roberto (n. 10); ROMBOLI, “Italia”, in AJA, Eliseo (n. 3), p. 190 ss.

<sup>32</sup> PARODI, G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, Giapichelli (1996), pp. 23-25.

<sup>33</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a ed., Madrid, Civitas (1983), pp. 95-97.

cian las lecturas que podrían hacer incurrir a una norma a la inconstitucionalidad; de esta manera, efectúan la tarea que habíamos señalado como de retiro del veneno a un texto. Por último, las "reservas directivas" hacen un llamado a autoridades puntuales que se encargan de aplicar un precepto a efecto de considerar que tal aplicación normativa se apegue estrictamente al instructivo planteado por el tribunal<sup>34</sup>.

De esta manera, el objeto de tal presunción es asegurar que el Estado de derecho no será puesto en riesgo ante lecturas "incorrectas" de algún precepto.

## 2) Búsqueda de Terceras Vías Decisorias

Al ser coherentes con las particularidades del sistema de control concentrado de constitucionalidad, la jurisprudencia constitucional europea se encargó de crear mecanismos que permitieran al juez proponer una lectura que evitaría la declaración lisa y llana de inconstitucionalidad. Lo anterior implicaría que la dualidad kelseniana entre legislador positivo y negativo se ha roto en beneficio de posibilidades intermedias. Indirectamente, esta posibilidad de emitir sentencias intermedias implicó que los tribunales podrían darle la vuelta a reservas tales como la doctrina de las *political questions*, extraída de la jurisprudencia constitucional norteamericana. El juez constitucional europeo podía de esta manera decidir un litigio con contenido político sin levantar suspicacia alguna, por ejemplo, de que la decisión judicial fuera tomada por vía política<sup>35</sup>.

Algunos países europeos se distinguen por haber encontrado modalidades distintas a la inconstitucionalidad que, por lo general, tienden a enmendar, por vía interpretativa, los defectos de la ley. Sin afán de exhaustividad, haremos un repaso de algunas de estas técnicas.

Como habíamos adelantado, la jurisprudencia constitucional francesa ha generado los llamados "Principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República". Extraídos del primer párrafo del preámbulo de la Constitución de 1946, se generaron en primer lugar (entre 1971 y 1989) siete principios de este tipo, que hasta la publicación de las sentencias respectivas, no habían sido reconocidos por el orden constitucional francés.

<sup>34</sup> FAVOREU, Louis, "La décision de constitutionnalité", *Revue Internationale de Droit Comparé*, no. 2 (1986), p. 611.

<sup>35</sup> FRANCOIS, Bastien, "Le juge, le droit et la politique", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, no. 1 (1990), p. 63.

A título indicativo, sus contenidos versaron sobre libertad de asociación<sup>36</sup>; derecho a la defensa en materia penal<sup>37</sup>; derecho de libertad de enseñanza<sup>38</sup>; independencia de la jurisdicción administrativa<sup>39</sup>; libertad de cátedra de los profesores universitarios<sup>40</sup>; competencia exclusiva de la administración al anular decisiones que emanan de los poderes públicos<sup>41</sup> y declaración de competencia de la jurisdicción administrativa en materia de propiedad inmobiliaria de particulares<sup>42</sup>.

En este mismo país, han surgido otras herramientas interpretativas semejantes a instancias del mismo juez constitucional. Algunos comentaristas las han asimilado a esta categoría de PFRLR.

Bajo la denominación de “principios de valor constitucional”, encontramos el principio de continuidad de los servicios públicos en caso de huelga<sup>43</sup> y el principio de aislamiento de la dignidad humana contra toda clase de servilismo y de degradación<sup>44</sup>.

Finalmente, otros principios fueron creados por vía de jurisprudencia constitucional, y fueron llamados “objetivos de valor constitucional”. Entre estos se encuentra la salvaguarda del orden público; el respeto a la libertad de otros o la preservación del carácter pluralista de las corrientes de opinión sociocultural. Estos se fueron creando a partir de una decisión relativa a la ley sobre la comunicación audiovisual<sup>45</sup>.

Otra de las técnicas empleadas por estos tribunales al enfrentarse con posibles lagunas de la ley ha sido la de señalar cuál es la mejor lectura que cualquier aplicador debe dar a la ley que aparenta estar viciada. Como hemos venido exponiendo, esta práctica se emplea con el propósito

<sup>36</sup> Decisión del Consejo Constitucional N° 71-44 DC de 16 de julio, *Recueil de jurisprudence constitutionnelle: textes réunis par Louis Favoreu*, Paris, Litec, 2 v., (Réc). p. 321.

<sup>37</sup> Decisión N° 76-70 DC de 2 de diciembre de 1976, *Réc*. p. 39.

<sup>38</sup> Decisión N° 77-87 DC de 3 de noviembre de 1977, *Réc*. p. 42.

<sup>39</sup> Decisión N° 80-119 DC de 22 de julio de 1980, *Réc*. p. 46.

<sup>40</sup> Decisión N° 83-165 DC de 20 de enero de 1983.

<sup>41</sup> Decisión N° 86-224 DC de 23 de enero de 1987, *Réc*. p. 41.

<sup>42</sup> Decisión N° 89-256 DC de 25 de julio de 1989.

<sup>43</sup> Decisión N° 79-105 DC de 25 de julio de 1979.

<sup>44</sup> Decisiones N° 94-343 y 344 de 27 de julio julio de 1994; en CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République: principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Préface de M. Troper, Paris, Economica (2001), 312 p.

<sup>45</sup> Decisión no. 82-141 DC de 27 de julio de 1982; en FAURE, Bertrand, “Les objectifs de valeur constitutionnelle: une nouvelle catégorie juridique? *Revue Française de Droit Constitutionnel*, no. 21 (1995) p. 47 ss.

de señalar cuál de estas lecturas es la que escapa a toda declaración de inconstitucionalidad. Existen sin embargo diversas intensidades que emanan de estas declaraciones de inconformidad parcial. Acaso, la consecuencia más fuerte sea la formulación de órdenes al legislador.

El Tribunal Constitucional Federal alemán cuenta con lo que la doctrina ha dado en llamar “instrucciones al legislador” (*Appellentscheidung*), que consisten en indicar puntualmente (al legislador) qué tipo de adaptaciones debe realizar en el futuro a efecto que una ley, o parte de ella, quede inmune de toda sospecha de inconstitucionalidad<sup>46</sup>. Aunque no existen fórmulas preestablecidas, la intención del Tribunal al dictar una resolución de este tipo es advertir a los parlamentarios que si no reaccionan después de un término razonable (que incluso puede ser determinado en la sentencia), la disposición deberá extirparse del sistema<sup>47</sup>. Ahora bien, este término no suele ser dictado como urgente, pues el sentido de cooperación institucional indica que no es conveniente generar tensiones excesivas entre el juez y el legislador.

A principio de los años '60, Alemania vivía cambios importantes en la distribución territorial de su población. La legislación electoral no contenía explícitamente una obligación del legislador que le implicara revisar con regularidad los límites de las circunscripciones en determinados términos, por lo que parecía que el juez debía colmar una laguna. Aunque el Tribunal constitucional federal detectó que antes del final de la legislatura en turno, existía una necesidad innegable de rediseñar los límites de las circunscripciones electorales (en razón de los cambios territoriales), también debía concederse al legislador un “plazo razonable” a efecto de enmendar esos defectos<sup>48</sup>.

En realidad, lo que se genera con estas sentencias es una especie de declaración de conformidad a la Constitución, que sin embargo añade una obligación dirigida a las autoridades encargadas de aplicar tal precepto. Por virtud de este condicionamiento normativo, el tribunal asume que ha dado luz a una antigua zona de oscuridad jurídica, con el propósito de

<sup>46</sup> RUPP-VON BRÜNNICK, Wiltraut, “Admonitory fonctions of the Constitutional court”, *American journal of comparative law*, N° 22 (1972), pp. 387-403;

<sup>47</sup> La influencia de la puesta en práctica de estos mecanismos alemanes en derecho constitucional italiano en CATELANI, E., “Tecniche processuali e rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento”, *Quaderni costituzionali*, N° 1 (1994), pp. 148-152.

<sup>48</sup> *BVerfGE* 16, 130 de 22 de mayo de 1963), en ZEIDLER, Wolfgang, “Cour constitutionnelle fédérale allemande”, *La justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs de l'Etat*, 7<sup>e</sup> Conférence des Cours constitutionnelles européennes, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. III (1987), p. 44.

delimitar la aplicación del precepto, extrayendo de él la mejor de sus lecturas.

Hemos visto que al detectar y colmar una laguna, el juez constitucional se aproxima a las funciones del legislador “positivo”. El conservadurismo del gremio judicial lleva a numerosos teóricos a plantear una especie de riesgo inminente, consistente en que, partiendo de un principio constitucional o de un valor (que tan solo subyace en una norma) el juez esté facultado para transformar dicho enunciado (a veces, eminentemente moral) en regla jurídicamente válida. Siguen siendo numerosos los juristas que manifiestan un temor hacia el intérprete constitucional,

“sin importar que todas las ramas [aplicadoras] del derecho pretendan evitar la formación de *bohos negros* en el sistema jurídico, un *horror vacui* puede generarse como reacción a la voluntad de inducir el *big bang* de los valores constitucionales”<sup>49</sup>.

Contra la resistencia de los teóricos del Estado (y en especial de los que pugnan por la conservación de la soberanía parlamentaria), el pasado cuarto de siglo en Europa parece anunciar una mayor aceptación de esta tarea interpretativa de los jueces.

La detección de una laguna no ha sido, sin embargo, sinónimo de creación normativa sistemática para los tribunales constitucionales europeos. El deber de reserva de estos últimos los ha contenido, reafirmando de paso la legitimidad de estos órganos como árbitros constitucionales. Sobre la presunción de constitucionalidad, estos tribunales han encontrado un justo medio entre el rechazo y la aceptación de una nueva ley. Hemos así entendido que la creación de una “tercera vía decisoria”, entre la función de legislador positivo y negativo, ha generado, de manera progresiva y más bien reciente, una serie de técnicas intermedias de decisión constitucional (estas últimas presentes de forma importante en Francia o en Italia). Hemos visto además que otros casos nacionales (como el de España o Alemania) generaron estas prácticas interpretativas desde las primeras decisiones de sus cortes constitucionales.

El proceso de legitimación de la actividad cotidiana de las jurisdicciones constitucionales ha llevado al foro a aceptar, en términos generales, que ante la imposibilidad de justificar la presunción de constitucionalidad, el juez no debe dudar en extraer una norma viciada del sistema.

Es cierto que una operación de orden pragmático lleva al intérprete a buscar primero un principio aplicable de entre los que se encuentran

<sup>49</sup> DI MANO, Thierry, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interprétatives” en France et en Italie*, Préface de L. Favoreu, Paris, Economica (1997), pp. 74.

dentro del derecho existente. Pero la tarea del juez también es la de modelar los antiguos principios (e incluso crear nuevos) con el propósito de alejarse de toda posibilidad de denegación de justicia y ofrecer una respuesta ante las preguntas formuladas por los promoventes. Las decisiones judiciales más influyentes son aquellas que han alcanzado la categoría de "parámetros" o estándares normativos.

Tales parámetros (que en ocasiones deben ser importados desde fuera del texto constitucional escrito), implican entonces al juez en la tarea de descifrar no solo las reglas del sistema, pero también sus principios orientadores y las políticas que podrían emanar cotidianamente de ellos a efecto de materializar las intenciones contenidas en el texto constitucional. Este planteamiento conduce a su vez hacia futuros análisis sobre la estandarización del orden normativo, pues todo apunta que tal operación deberá ser efectuada gradualmente en función de valores. A este respecto, algunos lectores pensarán que se trata de valores contenidos en la Constitución; pero otros no evitarán sospechar que se trate de los valores personales del juez.

Por consiguiente, dejaremos al lector una pregunta abierta, para que reflexione si, aunado a una cuestión de obligación inherente al cargo, existe un interés personal del juez constitucional en preservar la constitucionalidad de las leyes. Sostenemos que en esta tarea integradora de los vacíos normativos que dejan las lagunas, el juez se encuentra limitado por una cuestión de operatividad de los mecanismos de control de constitucionalidad que le hacen actuar a partir de ciertos parámetros (dirían los analistas norteamericanos, entre autorreserva y activismo). No queda más que apelar a la preeminencia que el orden constitucional concede respecto de la objetividad de las normas constitucionales.

## BIBLIOGRAFÍA

- FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza (1989).
- KELSEN, Hans, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", ("Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1928), tr. de Ch. Eisenmann, *Revue de Droit Public*, vol. XLV no. 1 (1928).
- BON, Pierre, "Francia", in AJA, Eliseo (éd.), *Las tensiones entre el Tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel Derecho (1998).
- MICHELMAN, Frank, "How can people ever make the laws? A critique of deliberative democracy", in BOHMAN, James et William REGH (éds), *Deliberative democracy: essays on reason and politics*, Cambridge, MIT Press (1997).

- HÄBERLE, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y procesal de la Constitución”, in *Retos Actuales del Estado Constitucional*, tr. de X. Arzoz, Vitoria, Onati (1996).
- GRIMM, Dieter, “Una costituzione per l’Europa?”, in ZAGREBELSKY, G., P.P. Potinaro, J. Luther (éds), *Il futuro della Costituzione*, Torino (1994).
- FERRAJOLI, Luigi, “State under law”, documento de trabajo presentado en *Pluralism and the law* (Twentieth world congress of the international association for philosophy of law and social philosophy), Amsterdam, Vrije Universiteit, versión mecanográfica (2001).
- KELSEN, Hans, *Théorie pure du droit*, Tr. de la 2é. éd. par Ch. Eisenmann (*Reine Rechtslehre*), Paris, Dalloz (1962).
- DE LA QUADRA, Tomas, “Métodos y criterios de interpretación de la Constitución”, in LÓPEZ-PINA, Antonio (ed.), *División de poderes e interpretación: hacia una teoría de la praxis constitucional*, Madrid, Tectos (1987).
- ROMBOLI, Roberto, “La tipología de las decisiones de la Corte constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, no. 48 (1996).
- DELOMBE, *Cours de droit civil*, t. I, Nº 113, cit. por FORIERS, Paul, “Les lacunes du droit”, in PERELMAN, Chaïm (éd.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant (1968).
- [www.conseil-constitutionnel.fr/observations/elepresidentielles](http://www.conseil-constitutionnel.fr/observations/elepresidentielles) (consultado por última vez el 22 de julio de 2006).
- CANARIS, C. W., “La manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand”, in PERELMAN, Chaïm, *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant (1968).
- DWORKIN, Ronald, *Justice in Robes*, London, The Belknap press of Harvard University Press (2006).
- PERELMAN, Chaïm, “La règle de justice”, in *Justice et raison*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles (1963).
- BOBBIO, Norberto, “Perelman et Kelsen”, en *Essais de théorie du droit*, tr. par M. Guéret, Paris, Bruylant (1998).
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Le droit en douceur (il diritto mite)*, tr. fr. por M. Leroy, Paris, Economica (2000).
- DWORKIN, Ronald, *Sovereign Virtue: the theory and practice of equality*, Cambridge, Harvard University Press, (2000), capítulo 11.
- VEDEL, Georges, “Préface”, in OULD BOUBOUTT, A. S., *L’apport du Conseil constitutionnel au droit administratif*, Paris, Economica (1987).
- ZEIDLER, wolfgang (1987) “The federal constitutional court of the RFA; decisions on the constitutionality of legal norms, *notre dame law review*, no. 62. pp. 504-525.

- PARODI, G., *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, Giapichelli (1996).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a ed., Madrid, Civitas (1983).
- FAVOREU, Louis, “La décision de constitutionnalité, *Revue Internationale de Droit Comparé*, no. 2 (1986).
- FRANCOIS, Bastien, “Le juge, le droit et la politique”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Nº 1 (1990).
- CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique, *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République: principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Préface de M. Troper, Paris, Economica (2001).
- FAURE, BERTRAND, “Les objectifs de valeur constitutionnelle: une nouvelle catégorie juridique? *Revue Française de Droit Constitutionnel*, no. 21 (1995).
- RUPP-VON BRÜNNICK, Wiltraut, “Admonitory fonctions of the Constitutional court”, *American journal of comparative law*, no. 22 (1972).
- CATELANI, E., “Tecniche processuali e rapporto tra Corte costituzionale e Parlamento”, *Quaderni costituzionali*, Nº 1 (1994).
- ZEIDLER, Wolfgang, “Cour constitutionnelle fédérale allemande”, *La justice constitutionnelle dans le cadre des pouvoirs de l'Etat*, 7<sup>e</sup> Conférence des Cours constitutionnelles européennes, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. III (1987).
- DI MANO, Thierry, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions “interprétatives” en France et en Italie*, Préface de L. Favoreu, Paris, Economica (1997).